

Rechtssache C-441/23

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

12. Juli 2023

Vorlegendes Gericht:

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Spanien)

Datum der Vorlageentscheidung:

7. Juni 2023

Berufungsklägerin:

LM

Berufungsbeklagte:

Omnitel Comunicaciones, S. L.

Microsoft Ibérica, S. R. L.

Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)

Indi Marketers, S. L.

Leadmarket, S. L.

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Leiharbeit – Dienstleistungsvertrag – Unterscheidung – Schwangere Arbeitnehmerin – Entlassung – Nichtigkeit der Kündigung – Folgen der Nichtigkeit der Kündigung

Gegenstand und Rechtsgrundlage des Vorabentscheidungsersuchens

Vorabentscheidungsersuchen zur Auslegung – Art. 267 AEUV – Richtlinie 2008/104/EG – Anwendbarkeit der Richtlinie – Begriffe „Leiharbeitnehmer“, „Leiharbeitsunternehmen“ und „entleihendes Unternehmen“ – Gehalt – Richtlinie

2006/54/EG – Mutterschaftsurlaub – Rückkehr – Entlassung – Folgen der Nichtigkeit der Kündigung

Vorlagefragen

A) Ist die Richtlinie 2008/104/EG auf ein Unternehmen anwendbar, das einem anderem Unternehmen eine Arbeitnehmerin überlässt, auch wenn ersteres Unternehmen nach dem nationalen Recht nicht als Leiharbeitsunternehmen anerkannt ist, da es über keine entsprechende behördliche Genehmigung verfügt?

B) Falls die Richtlinie 2008/104/EG auf Unternehmen anwendbar ist, die Arbeitnehmer überlassen, ohne nach nationalem Recht als Leiharbeitsunternehmen anerkannt zu sein, und in einer solchen Situation wie der oben beschriebenen eine Arbeitnehmerin als Leiharbeiterin im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2008/104/EG anzusehen ist, muss das Unternehmen Leadmarket S. L. als Leiharbeitsunternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie und das Unternehmen Microsoft Ibérica als entleihendes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. d dieser Richtlinie angesehen werden; kann insbesondere davon ausgegangen werden, dass das Unternehmen Leadmarket S. L. weiterhin die Aufsicht und Leitung in Bezug auf die Arbeitstätigkeit innehatte (so dass folglich keine Überlassung der Arbeitnehmerin vorlag), da der Geschäftsführer dieses Unternehmens von der Arbeitnehmerin einen monatlichen Tätigkeitsbericht erhielt und außerdem Sonderurlaub, Jahresurlaub und die Arbeitszeiten der Arbeitnehmerin freigab, auch wenn die tägliche Arbeitsleistung der Arbeitnehmerin darin bestand, Kunden von Microsoft zu betreuen, indem sie durch häufigen Kontakt mit den Verantwortlichen bei Microsoft Supportfälle löste, an ihrem Wohnsitz mit einem der Arbeitnehmerin von Microsoft zur Verfügung gestellten Computer arbeitete und einmal in der Woche an den Arbeitsplatz bei Microsoft kam?

C) Falls die Richtlinie 2008/104/EG anwendbar ist und folglich ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, muss das Gehalt der Arbeitnehmerin als Folge der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG mindestens demjenigen entsprechen, das sie erhalten hätte, wenn sie unmittelbar bei der Microsoft Ibérica S. L. beschäftigt gewesen wäre?

D) Hat die Arbeitnehmerin gemäß den Umständen im vorliegenden Fall nach dem Mutterschaftsurlaub ein Recht auf Rückkehr an ihren oder einen anderen gleichwertigen Arbeitsplatz nach Art. 15 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen? Muss die Rückkehr zur Microsoft Ibérica S. L. erfolgen, obwohl der Vertrag zwischen der Microsoft Ibérica S. L. und der Leadmarket S. L. beendet wurde, und weil kein gleichwertiger Arbeitsplatz bei der Leadmarket S. L. vorhanden ist?

E) Falls die Richtlinie 2008/104/EG anwendbar ist, da es sich um einen Fall der Überlassung handelt, müssen als Folge der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG die nationalen spanischen Vorschriften, die die Nichtigkeit der Kündigung im Falle von schwangeren und stillenden Arbeitnehmerinnen vorsehen, dazu führen, dass das Leiharbeitsunternehmen und das entleihende Unternehmen gesamtschuldnerisch für die gesetzlich vorgesehenen Folgen der nichtigen Kündigung haften, konkret für die Wiedereingliederung der Arbeitnehmerin an ihren Arbeitsplatz, die Zahlung des zwischen der Entlassung und der Wiedereingliederung nicht gezahlten Gehalts und die Pflicht zur Zahlung von Entschädigungen für die rechtswidrige Kündigung?

Angeführte unionsrechtliche Vorschriften

Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (im Folgenden: Richtlinie 2008/104): Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Buchst. a, b, c, d, e und f, Art. 5 Abs. 1.

Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG) (im Folgenden: Richtlinie 92/85): Art. 2 und Art. 10.

Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (im Folgenden: Richtlinie 2006/54): Art. 2 Abs. 2, Art. 14 Abs. 1 und Art. 15.

Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Art. 21, Art. 23 und Art. 30.

Angeführte nationale Vorschriften

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015 vom 23. Oktober 2015 zur Billigung der Neufassung der Ley del Estatuto de los Trabajadores [Gesetz über das Arbeitnehmerstatut], im Folgenden: Arbeitnehmerstatut): Art. 13, Art. 43 Abs. 1, 2, 3 und 4, Art. 43 Abs. 1 Buchst. d, Art. 53 und Art. 55.

Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (Gesetz 14/1994 vom 1. Juni 1994 über Leiharbeitsunternehmen): Art. 1, Art. 2, Art. 2 Abs. 2 Buchst. a, Art. 12 und Art. 15.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (Gesetz 31/1995 vom 8. November 1995 über den Arbeitsschutz): Art. 28.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (Real Decreto-ley 28/2020 vom 22. September 2020 über Fernarbeit), ersetzt durch die Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (Gesetz 10/2021 vom 9. Juli 2021 über Fernarbeit): Art. 11 und Art. 12.

Nach spanischem Recht gilt Folgendes:

- a) Die Arbeitnehmerüberlassung oder Leiharbeit ist ein Rechtsgeschäft, das grundsätzlich nur dann zulässig ist, wenn es über ein Leiharbeitsunternehmen zustande kommt.
- b) Die Leiharbeitsunternehmen sind dadurch als solche erkennbar, dass sie vor Aufnahme ihrer Tätigkeit eine behördliche Genehmigung einholen müssen.
- c) Der Vertrag über Arbeitnehmerüberlassung oder Leiharbeit ist dadurch gekennzeichnet, dass das Leiharbeitsunternehmen den Arbeitnehmer beschäftigt, sein Gehalt bezahlt und ihn bei der Sozialversicherung anmeldet, der Arbeitnehmer sich jedoch unter Aufsicht und Leitung des entleihenden Unternehmens befindet.
- d) Das Leiharbeitsunternehmen übernimmt auch die Schulung des Arbeitnehmers im Hinblick auf die Verhütung arbeitsbedingter Gefahren und die Gesundheitsüberwachung der Arbeitnehmer, ohne dass deshalb keine Arbeitnehmerüberlassung oder Leiharbeit mehr vorliegt.
- e) Aus all diesen Gründen ist das Leiharbeitsunternehmen kein Scheinunternehmen oder nicht existentes Unternehmen, sondern es benötigt eine Organisationsstruktur, die ihm die Erfüllung seiner Pflichten ermöglicht.

Eine Arbeitnehmerüberlassung, die nicht durch ein ordnungsgemäß zugelassenes Leiharbeitsunternehmen durchgeführt wird, führt – abgesehen davon, dass verwaltungsrechtliche oder auch strafrechtliche Sanktionen möglich sind – dazu, dass:

- a) beide Unternehmen, sowohl das überlassende als auch das entleihende, für die gegenüber den Arbeitnehmern und der Sozialversicherung geschuldeten Verpflichtungen gesamtschuldnerisch haften (Art. 43 Abs. 3 des Arbeitnehmerstatuts).
- b) der Leiharbeitnehmer als fest angestellt gilt und wählen kann, ob er als Arbeitnehmer des überlassenden oder des entleihenden Unternehmens weiterarbeiten möchte, in dem seine Rechte und Pflichten denen eines Arbeitnehmers entsprechen, der auf dem gleichen oder einem vergleichbaren Arbeitsplatz Dienstleistungen erbringt, wengleich sich die

Betriebszugehörigkeit ab dem Beginn der rechtswidrigen Arbeitnehmerüberlassung bestimmt (Art. 43 Abs. 4 des Arbeitnehmerstatuts).

Im Hinblick auf die Einstufung der Kündigung im Falle der Inanspruchnahme von Leistungen wegen Geburt und Kindesbetreuung als nichtig bestimmt das Arbeitnehmerstatut (Art. 53 und Art. 55), dass eine Kündigung (aus objektiven oder verhaltensbedingten Gründen) u. a. bei schwangeren Arbeitnehmerinnen vom Beginn der Schwangerschaft an und auch bei Arbeitnehmerinnen nach ihrer Rückkehr zur Arbeit am Ende des Aussetzungszeitraums des Arbeitsvertrags wegen Geburt und Kindesbetreuung als nichtig eingestuft werden muss, sofern nicht mehr als zwölf Monate seit der Geburt vergangen sind. Die Kündigung ist jedoch nicht für nichtig zu erklären, wenn sie aus rechtlichen Gründen als berechtigt anzusehen ist, weil sie „aus Gründen zulässig ist, die nicht mit der Schwangerschaft oder mit der Ausübung des Anspruchs auf den genannten Urlaub oder die genannte Freistellung zusammenhängen“.

Nach dem spanischen Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof) ist die in diesen Vorschriften vorgesehene Nichtigkeit der Kündigung eine objektive Garantie, die die Grundrechte schützen soll und auch dann zur Anwendung kommen muss, wenn das Unternehmen bei der Entlassung von der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin keine Kenntnis hat.

Hingegen muss die Kündigung auch dann für nichtig erklärt werden, wenn davon auszugehen ist, dass sie auf einem nach der Verfassung oder dem Gesetz verbotenen Diskriminierungsgrund beruht oder gegen die Grundrechte und Grundfreiheiten der Arbeitnehmer verstößt.

Die Nichtigerklärung der Kündigung führt dazu, dass das Unternehmen zu verurteilen ist, „den Arbeitnehmer unverzüglich wiederinzugliedern und ihm das nicht gezahlte Gehalt zu zahlen“ (Art. 55 Abs. 6 des Arbeitnehmerstatuts), ohne dass das Unternehmen stattdessen wahlweise eine Entschädigung an den Arbeitnehmer zahlen könnte.

Im Hinblick auf Fern- und Telearbeit gilt, dass darunter eine solche Arbeitsleistung zu verstehen ist, „die als Alternative zur Erbringung der Arbeitsleistung bei persönlicher Anwesenheit an der Betriebsstätte des Unternehmens überwiegend am Wohnsitz des Arbeitnehmers oder an einem von diesem frei gewählten Ort erbracht wird“ (Art. 13 des Arbeitnehmerstatuts). Nach spanischem Recht ist für die Ausstattung mit technischen Mitteln für die Fernarbeit derjenige verantwortlich, der als Unternehmer anzusehen ist.

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Frau LM (im Folgenden: Frau LM oder Arbeitnehmerin) absolvierte von September 2010 bis Juni 2011 Berufspraktika bei Microsoft Ibérica. Anschließend wurde sie nacheinander von drei Unternehmen beschäftigt: von der Omnitel

Comunicaciones S. L. (vom 24. August 2011 bis zum 24. Januar 2012 sowie vom 21. Juli 2014 bis zum 23. Dezember 2014), von der Indi Marketers S. L. (vom 4. März 2015 bis zum 31. Mai 2017) und von der Leadmarket S. L. (vom 1. August 2017 bis zu ihrer Entlassung im April 2021). Diese Unternehmen hatten unterschiedliche Dienstleistungsverträge mit der Microsoft Ibérica S. L. geschlossen; Frau LM war mit der Erbringung der zwischen diesen Unternehmen und der Microsoft Ibérica S. L. vereinbarten Dienstleistung betraut.

- 2 Zwischen Frau LM und der Omnitel Comunicaciones S. L. bestanden drei aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge, während derer sie Aufgaben im Bereich Customer Partner Experience bei Microsoft wahrnahm.
- 3 Bei der Indi Marketers S. L. führte die Arbeitnehmerin Marketing-Aufgaben für die Kampagnen „Datamining Breath Microsoft“ und „Telemarketing Azure partner Microsoft“ aus. Während dieses Vertrags nahm sie im Rahmen von Fernarbeit Aufgaben im Bereich der Datenbankverwaltung und -pflege wahr, wobei sie ihre Arbeitszeiten wählen konnte und einmal pro Woche in die Büros von Microsoft kam.
- 4 Während des Vertrags mit der Leadmarket S. L. arbeitete Frau LM als graduierte Unternehmensberaterin für die Abteilung Original Equipment Manufacturer (OEM) von Microsoft, wobei sie Marketingaufgaben zur Unterstützung von Microsoft Partner-Konten ausführte. Es gab keine Arbeitnehmer von Microsoft, die die gleichen Aufgaben wahrnahmen; diese Leistungen wurden ausschließlich über externe Verträge erbracht. Die Erbringung der vertraglichen Dienstleistungen wies folgende Merkmale auf:
 - a) Die Arbeitnehmerin war bei der Leadmarket S. L. beschäftigt, die wiederum einen Vertrag mit der Microsoft Ibérica S. L. zur Erbringung von Supportdienstleistungen mittels Fern- oder Remoteverbindung an OEM-Kunden hatte; die Arbeitnehmerin erbrachte solche Leistungen.
 - b) Die Arbeitnehmerin erbrachte Dienstleistungen mittels Fernverbindung von ihrem Wohnsitz aus, wenngleich sie einmal pro Woche in die Niederlassungen der Microsoft Ibérica S. L. kam. Hierzu verfügte sie über eine Zutrittskarte für externes Personal, die von der Microsoft Ibérica S. L. gestellt wurde.
 - c) Für die Erbringung der Dienstleistungen nutzte sie einen von der Microsoft Ibérica S. L. zur Verfügung gestellten Computer, den ihr dieses Unternehmen aus Informationssicherheitsgründen zum Gebrauch überließ, wenngleich sie zu Beginn einen nicht von Microsoft stammenden Computer nutzte.
 - d) Die Dienstleistungen bestanden darin, Kunden von OEM-Produkten von Microsoft mittels Fern- oder Remoteverbindung zu betreuen. Die Arbeitnehmerin hatte direkten Kundenkontakt und verfügte über eine

- E-Mail-Adresse von microsoft.com. Diese Dienstleistung wurde von keinem anderen Arbeitnehmer der Microsoft Ibérica S. L. erbracht.
- e) In allen Belangen rund um die Erbringung der Dienstleistung stand sie häufig im Kontakt mit den Verantwortlichen der zuständigen Abteilung bei Microsoft.
 - f) Außerdem berichtete sie monatlich an den Geschäftsführer von Leadmarket, der für die Verwaltung ihres Jahresurlaubs, ihres Sonderurlaubs und ihrer täglichen Arbeitszeiten zuständig war und der mit der Microsoft Ibérica S. L. kommunizierte. Diese Person von Leadmarket kümmerte sich auch um ihre Fortbildung.
- 5 Die Arbeitnehmerin wurde im Jahr 2020 schwanger. Im siebten Monat dieser Schwangerschaft teilte Microsoft Leadmarket mit, dass der Vertrag am 30. September 2020 ende und aus Budgetgründen nicht verlängert werde.
- 6 Ab dem 22. September 2020 war die Arbeitnehmerin vorübergehend arbeitsunfähig und am 8. Dezember 2020 wurde ihre Tochter geboren, so dass der Mutterschutz und Urlaub für Kindesbetreuung begann, an den sich der Still- und der von der Arbeitnehmerin genommene Jahresurlaub insgesamt bis zum 29. März 2021 anschlossen. Bei ihrer Rückkehr zur Arbeit am 29. April 2021 erhielt sie ein Schreiben des Geschäftsführers der Leadmarket S. L., in dem ihr mitgeteilt wurde, dass ihr Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 27. April 2021 aus objektiven Gründen ende. Insbesondere habe sich die Nachfrage als Folge des Wegfalls von vorgesehenen Projekten verringert, so dass das Unternehmen keine Einsatzmöglichkeit für sie habe.
- 7 Die Arbeitnehmerin reichte am 14. Juni 2021 Klage auf Nichtigerklärung oder hilfsweise Unzulässigkeit ihrer Kündigung gegen die Microsoft Ibérica S. L. und die Leadmarket S. L. ein. Sie beantragte, die Leadmarket S. L. und die Microsoft Ibérica S. L. zu verurteilen, gesamtschuldnerisch die Folgen dieser Nichtigerklärung zu tragen. Außerdem beantragte sie eine finanzielle Entschädigung in Höhe von 110 000 Euro wegen Verletzung ihrer Grundrechte (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts) und die Auszahlung von ausstehendem Gehalt in Höhe von 1 100 Euro.
- 8 Mit Urteil vom 30. November 2021 stellte der Juzgado de lo Social número 39 de Madrid (Arbeits- und Sozialgericht Nr. 39 Madrid, Spanien) fest, dass es sich nicht um eine Arbeitnehmerüberlassung handele, da es Leadmarket gewesen sei, die die täglichen Arbeitszeiten der Berufungsklägerin organisiert habe, ihr Gehalt ausgezahlt habe, sich um ihre Fortbildung gekümmert habe, Sonderurlaub und Jahresurlaub genehmigt sowie ihren Mutterschaftsurlaub verwaltet habe. Das Gericht führte auch aus, dass der Grund für die Beendigung des Vertrags mit Leadmarket durch Microsoft Ibérica ein Budgetmangel gewesen sei und nicht die Schwangerschaft und die anschließende Mutterschaft der Arbeitnehmerin. Aus diesen Gründen wies es die Klage gegen die Microsoft Ibérica S. L. in Bezug auf

die Entlassung und die Verletzung von Grundrechten ab und lehnte ausdrücklich die Forderung ab, dass das Gehalt der Arbeitnehmerin demjenigen hätte entsprechen müssen, das sie erhalten hätte, wenn sie unmittelbar bei der Microsoft Ibérica S. L. beschäftigt gewesen wäre.

- 9 In Bezug auf die Leadmarket S. L. wurde in diesem Urteil ausgeführt, dass die Gründe für die objektive Kündigung, die im Schreiben erläutert wurden, „allgemein, vage und unzureichend“ seien und dass deshalb die Entlassung rechtswidrig gewesen sei und die Kündigung für nichtig erklärt werden müsse. Das spanische Recht sehe dies vor, da die Kündigung in der Zeit nach dem Mutterschutz wegen Geburt und Kindesbetreuung erfolgt sei.
- 10 Nachdem das Gericht festgestellt hatte, dass der eigentliche Grund für die Entlassung keine Diskriminierung wegen Mutterschaft gewesen sei, wies es den Antrag auf Schadensersatz ab. Schließlich verurteilte es die Leadmarket S. L. zur Zahlung des ausstehenden Gehalts an die Arbeitnehmerin, und zwar anteilig für den letzten Arbeitsmonat und für die entstandenen, aber nicht in Anspruch genommenen Urlaubszeiten.
- 11 Frau LM legte gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Madrid vor dem Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Obergericht Madrid, im Folgenden: vorlegendes Gericht) Berufung ein.

Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens

- 12 Frau LM trägt vor, dass sie von der Leadmarket S. L. im Wege der Arbeitnehmerüberlassung der Microsoft Ibérica S. L. als Arbeitskraft zur Verfügung gestellt worden sei, so dass dieses Unternehmen gesamtschuldnerisch zu den Folgen der für nichtig erklärten Kündigung zu verurteilen sei, einschließlich der Wiedereingliederung an ihren Arbeitsplatz. Außerdem müsse das Gehalt demjenigen entsprechen, das sie erhalten hätte, wenn sie unmittelbar bei der Microsoft Ibérica S. L. beschäftigt gewesen wäre.
- 13 Des Weiteren müsse die Anwendung der Rechtsnormen über die Nichtigkeit der Kündigung im Falle von schwangeren Arbeitnehmerinnen oder von Arbeitnehmerinnen, die nach dem Mutterschaftsurlaub zurückkehren, zur Zuerkennung einer Entschädigung wegen Verletzung der Grundrechte führen, zu der die Microsoft Ibérica S. L. und die Leadmarket S. L. gesamtschuldnerisch zu verurteilen seien.

Kurze Darstellung der Begründung des Vorabentscheidungsersuchens

- 14 Im spanischen Recht versteht man unter einem Leiharbeitsunternehmen ein Unternehmen, dessen Haupttätigkeit in der Überlassung von Arbeitnehmern besteht und das über eine besondere behördliche Genehmigung verfügt, die es ihm erlaubt, als Leiharbeitsunternehmen zu agieren. Wenn ein Unternehmen

regelmäßig oder gelegentlich Arbeitnehmer überlässt, ohne über eine derartige Genehmigung zu verfügen, gilt es nicht als Leiharbeitsunternehmen. Eine solche Tätigkeit ist verboten und gibt dem Arbeitnehmer das Recht, zu wählen, ob er ein unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer des entleihenden oder des überlassenden Unternehmens werden möchte; dabei haften beide Unternehmen gesamtschuldnerisch für die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Pflichten und verschiedene Sanktionen.

- 15 Die Richtlinie 2008/104 indessen definiert als „Leiharbeitsunternehmen“ eine natürliche oder juristische Person, die nach einzelstaatlichem Recht mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge schließt oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht, um sie entleihenden Unternehmen zu überlassen, damit sie dort unter deren Aufsicht und Leitung vorübergehend arbeiten. Es erscheint daher ausreichend, dass ein Unternehmen einem anderen einen Arbeitnehmer überlässt, wenn auch nur gelegentlich, um nach der Richtlinie 2008/104 als Leiharbeitsunternehmen zu gelten, ohne dass es wie nach spanischem Recht notwendig wäre, dass es sich um ein Unternehmen handelt, dessen Haupttätigkeit in der Überlassung von Arbeitnehmern besteht und das hierfür über eine behördliche Genehmigung verfügt.
- 16 Mit seiner ersten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 2008/104 auf ein Leiharbeitsunternehmen anwendbar ist, auch wenn es nach dem nationalen Recht nicht durch eine behördliche Genehmigung als solches anerkannt ist.
- 17 Für den Fall einer bejahenden Antwort fragt das vorlegende Gericht, ob im vorliegenden Fall eine Arbeitnehmerüberlassung der Berufungsklägerin durch die Leadmarket S. L. an die Microsoft Ibérica S. L. vorliegt, so dass die Arbeitnehmerin als Leiharbeiterin im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2008/104, das Unternehmen Leadmarket S. L. als Leiharbeitsunternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie und das Unternehmen Microsoft Ibérica als entleihendes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. d dieser Richtlinie angesehen werden muss.
- 18 Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104 definiert diese Begriffe auf der Grundlage, dass der vom Leiharbeitsunternehmen beschäftigte Arbeitnehmer seine Dienste „unter Aufsicht und Leitung“ des entleihenden Unternehmens erbringt.
- 19 Daher ist zweifelhaft, ob angesichts der oben in Rn. 4 beschriebenen Merkmale der von der Arbeitnehmerin ausgeführten Arbeit davon ausgegangen werden kann, dass das Unternehmen Leadmarket S. L. die Aufsicht und Leitung über die Arbeitstätigkeit hatte, so dass keine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, weil der Geschäftsführer dieses Unternehmens einen monatlichen Tätigkeitsbericht erhielt und darüber hinaus Sonderurlaub, Jahresurlaub und die Arbeitszeiten der Arbeitnehmerin freigab.

- 20 Wenn die Richtlinie 2008/104 vorliegend anwendbar ist, erscheint es klar, dass die Vergütung des entleihenden Unternehmens Teil der „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ wäre, und dass gemäß Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie dem Antrag der Arbeitnehmerin stattzugeben wäre, wonach ihr Gehalt mindestens demjenigen entsprechen müsse, das sie erhalten hätte, wenn sie unmittelbar bei der Microsoft Ibérica S. L. auf dem gleichen Arbeitsplatz beschäftigt gewesen wäre.
- 21 Des Weiteren stellt sich die Frage nach der Wiedereingliederung der Arbeitnehmerin, wenn ihre Kündigung durch das Arbeits- und Sozialgericht für nichtig erklärt wird. Diese Nichtigerklärung hat zur Folge, dass die Arbeitnehmerin das Recht zur Rückkehr an ihren Arbeitsplatz hat, den sie vor der Kündigung innehatte. Nach Art. 15 der Richtlinie 2006/54 haben Frauen im Mutterschaftsurlaub nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs Anspruch darauf, an ihren früheren Arbeitsplatz oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz unter Bedingungen, die für sie nicht weniger günstig sind, zurückzukehren, und darauf, dass ihnen auch alle Verbesserungen der Arbeitsbedingungen, auf die sie während ihrer Abwesenheit Anspruch gehabt hätten, zugutekommen.
- 22 Die Vertragsbeziehung zwischen der Leadmarket S. L. und der Microsoft Ibérica S. L. war bereits beendet worden, als die Arbeitnehmerin an ihren Arbeitsplatz zurückkehrte und von der Leadmarket S. L. entlassen wurde, so dass sie nur dann an ihren Arbeitsplatz und zu ihren Aufgaben vor der Mutterschaft hätte zurückkehren können, wenn diese Rückkehr bei der Microsoft Ibérica S. L. erfolgt wäre, denn die Leadmarket S. L. verfügte über keinen alternativen Arbeitsplatz, den sie ihr hätte anbieten können. Tatsächlich war die Leadmarket S. L. säumig, erschien nicht zum Prozess und ist wahrscheinlich weggefallen, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein gleichwertiger Arbeitsplatz im Stellenplan dieses Unternehmens vorhanden ist.
- 23 Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass, sollte eine von der Richtlinie 2008/104 geregelte Überlassung vorliegen, Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie die im entleihenden Unternehmen geltenden Vorschriften in Bezug auf den Schutz schwangerer und stillender Frauen sowie die Gleichbehandlung von Männern und Frauen und sämtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts zu den wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zählt, deren Anwendung auf die Leiharbeitnehmer durch das entleihende Unternehmen so sicherzustellen ist, „wie sie durch Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, Tarifverträge und/oder sonstige Bestimmungen allgemeiner Art festgelegt sind“. Nach einer in Spanien geltenden Vorschrift ist es sowohl die Pflicht des entleihenden als auch des überlassenden Unternehmens, Arbeitnehmer unter Zahlung des nicht gezahlten Gehalts wiederinzugliedern, die nach der Rückkehr zur Arbeit am Ende des Aussetzungszeitraums aufgrund von Geburt, Adoption, Adoptions- oder Familienpflege entlassen worden sind, sofern nicht mehr als zwölf Monate seit der Geburt, der Adoption, der Adoptions- oder Familienpflege vergangen sind. Diese

spanische Vorschrift gilt für alle Fälle einer objektiven oder verhaltensbedingten Kündigung, es sei denn, die Kündigung ist als berechtigt anzusehen.

- 24 Wenn die der Microsoft Ibérica S. L. überlassene Arbeitnehmerin unmittelbar bei diesem Unternehmen beschäftigt und von diesem nach Rückkehr im Anschluss an eine Aussetzung des Vertrags aufgrund Geburt und Kindesbetreuung entlassen worden wäre und diese Entlassung nicht berechtigt und begründet gewesen wäre, wäre die Kündigung daher für nichtig erklärt worden und die Microsoft Ibérica S. L. wäre weiterhin verpflichtet, die Arbeitnehmerin unter Zahlung des zwischen dem Datum der Entlassung und der Wiedereingliederung nicht gezahlten Gehalts an ihren Arbeitsplatz wiederinzugliedern. Das Problem besteht darin, dass, da das Beschäftigungsverhältnis nicht unmittelbar mit der Microsoft Ibérica S. L., sondern mit der Leadmarket S. L. bestand, einerseits das Recht auf Wiedereingliederung an den Arbeitsplatz bei Microsoft entfällt, da alleine die Leadmarket S. L. für die Wiedereingliederung verantwortlich ist, wohingegen die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104 andererseits darauf hindeutet, dass die Pflicht zur Wiedereingliederung und alle Folgen der für nichtig erklärten Kündigung auch vom entleihenden Unternehmen, der Microsoft Ibérica S. L., eingefordert werden können.

ARBEITSDOKUMENT